

WYROK
z dnia 20 maja 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 maja 2024 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 kwietnia 2024 roku** przez wykonawcę **K.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TMGM K.G. z siedzibą w Bochni** (Odwołujący)
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Bochnia z siedzibą w Bochni**
przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego
po stronie Zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: **(1) MAR-ZIEM M. Dylowicz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Damienicach (Lider Konsorcjum) oraz (2) R.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R-BUD Firma Usługowo-Transportowo- Handlowa R.B. z siedzibą w Zawadzie (Partner Konsorcjum)** (Przystępujący)

orzeka:

Oddala odwołanie;

kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - K.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TMGM K.G. z siedzibą w Bochni**

następujący sposób:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - K.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TMGM K.G. z siedzibą w Bochni** tytułem wpisu od odwołania

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych**.

Przewodnicząca:

.....

KIO 1508/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Bochnia z siedzibą w Bochni, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Przebudowa drogi gminnej G580816 w miejscowości Stanisławice polegająca na budowie ścieżki rowerowej oraz budowa sieci kanalizacji deszczowej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00218255 dnia 26.02.2024 r.

W dniu 29 kwietnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) dalej „Pzp” odwołanie złożył wykonawca **K.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TMGM K.G., z siedzibą w Bochni** (dalej jako „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, polegających na naruszeniu:

1) art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 i art. 16 pkt 2 i 3 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, w sytuacji gdy Odwołujący działając w sposób przejrzysty i z należytą starannością złożył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie przez niego żądanym. Odwołujący w sposób zwięzły i konkretny przedstawił czynności jakie podjął w związku z procedurą samooczyszczenia. Składając wyjaśnienia Odwołujący dołączył nawet opis szczegółowych okoliczności dotyczących niewykonanego zamówienia (wszystkie przyczyny, które wpłynęły na niewykonanie zamówienia), w przypadku gdy zamówienie to realizowane było dla tego samego Zamawiającego i posiadał on pełną wiedzę w tym zakresie. Jednocześnie wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający podniósł, że działania Odwołującego „są opisane w sposób powierzchowny i niewystarczający”. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia Odwołującego nie pozwalają na dokonanie oceny, że Odwołujący podjął wystarczające czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, w celu realizacji procedury samooczyszczenia przewidzianej w tym przepisie, a ponadto nie przedłożył żadnych dowodów wskazujących na to, że podjął takie działania,

celem umożliwienia dokonania przez Zamawiającego oceny pozwalającej na wykazanie rzetelności Wykonawcy. Tymczasem

w wezwaniu Zamawiający nie wskazywał ani na brak dowodów samooczyszczenia, ani na żądanie ich wyjaśnienia czy uzupełnienia. Zamawiający naruszył tym samym zasady przejrzystości i proporcjonalności, nie dążąc do pełnego i wszechstronnego zbadania okoliczności w ramach podejmowanych czynności, w szczególności o tak doniosłych skutkach jak wykluczenie Odwołującego z postępowania;

2)art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do przedłożenia bądź uzupełnienia dowodów w zakresie wprowadzonych działań naprawczych w związku z samooczyszczeniem bądź złożenia innych wyjaśnień dot. szczegółów okoliczności nieprawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3)art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp - poprzez dokonywanie czynności w sposób nieprzejrzysty i nieproporcjonalny. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień jedynie w zakresie podania przyczyny złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, w sytuacji gdy dnia 04 grudnia 2023 r. Zamawiający – Gmina Bochnia odstąpiła od umowy z Odwołującym z przyczyn leżących po jego stronie tj. z powodu niewykonania przedmiotu umowy nr IFS.272.36.2023 zawartej

w ramach postępowania przetargowego nr IFS.271.14.2023 „Przebudowa dróg dojazdowych do gruntów rolnych w Zatoce, Zawadzie i Brzeźnicy oraz remont drogi gminnej w Gorzkowie, Gmina Bochnia – 2” – co w ocenie Zamawiającego pozostawało w sprzeczności ze złożonym przez Odwołującego oświadczeniem. Treść wezwania była krótka i nie wskazywała na konieczność dodatkowych wyjaśnień albo uzupełnień. Odwołujący działając w zaufaniu do Zamawiającego udzielił informacji zgodnej z zakresem wątpliwości Zamawiającego. Ponadto wskazał na podjęte czynności w ramach procedury samooczyszczenia, a mimo to Zamawiający wykluczył go z postępowania;

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp - poprzez jego zastosowanie i błędne uznanie, że Odwołujący podlega sankcji wykluczenia z postępowania,

5)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta Odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą i dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty nr 1 wykonawcy, którego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą.

6)art. 109 ust. 3 w zw. z art. 16 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie

w sytuacji posiadania pełnej wiedzy przez Zamawiającego w zakresie stanu faktycznego niewykonanej umowy. Przyjmując nawet założenie, że Odwołujący podlega wykluczeniu – jego wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne z uwagi na choćby jego dotychczasową współpracę z Zamawiającym. Obrazowo jest to niewykonanie jednego (niewielkiego - wartość 130 472,25zł) zamówienia w stosunku do kilkunastu (znacznie większych – wartość 4 452 754,95zł) należycie wykonanych na przestrzeni choćby ostatnich kilku lat. Nieproporcjonalność wykluczenia zachodzi również w kontekście niewykonanego zamówienia na kwotę 130 472,25zł w stosunku do zamówienia o które ubiega się Odwołujący - kwota oferty 3 266 000,00zł oraz w sytuacji aktualnie należycie wykonanej umowy dla tegoż Zamawiającego w ramach zadania pn. „Remont drogi gminnej nr 581104K w km 0+010 -1+008 w miejscowości Siedlec, Gmina Bochnia”, która potwierdza, że niewykonanie zamówienia było incydentalne i w głównej mierze niezależne od Wykonawcy, a Odwołujący daje gwarancję należytego wykonania zamówienia. Zakończenie remontu drogi w Siedlcu nastąpiło 20 marca 2024r. wartość umowy 1 737 425,18zł.

Odwołujący wnosil o:

1.Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia oferty Odwołującego;

2.Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż jest jednym z Wykonawców, który złożył ofertę w postępowaniu, stąd posiada interes w złożeniu odwołania. Na obecnym etapie postępowania Odwołujący jest podmiotem, którego oferta gdyby nie została odrzucona przez Zamawiającego byłaby najkorzystniejszą.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, Zamawiający informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert przesłał Odwołującemu w dniu 24 kwietnia 2024 r. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający dokonał wyboru oferty oraz powiadomił o tej czynności wykonawców. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący podlegając wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7

ustawy Pzp nie podjął wystarczających czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, w celu realizacji procedury samooczyszczenia przewidzianej w tym przepisie. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów wskazujących na to, że podjął takie działania, celem umożliwienia dokonania przez Zamawiającego oceny pozwalającej na wykazanie rzetelności Odwołującego. Zamawiający tym samym poinformował, iż stoi na stanowisku, że Wykonawca nie zapewnia gwarancji skutecznej realizacji zamówienia w obliczu sytuacji, gdzie zaniechano całkowitej realizacji zamówienia publicznego. Skutkuje to wykluczeniem Wykonawcy i w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień

z tytułu rękojmi za wady. Ponadto w art. 109 ust. 2 Pzp wskazano, że jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia

w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. W ustępie trzecim wpisano,

że w przypadkach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1–5 lub 7 Pzp, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne,

w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. Dodatkowo w art. 110 ust. 2 Pzp doprecyzowano, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10 Pzp, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty

i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego

do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. Na koniec ustalono, że to zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę

i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę. Wykonawca, chcąc wykazać swą rzetelność pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, powinien w pełni wyjaśnić fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z zamawiającym, w zakresie właściwym dla jego roli, by dowieść mu przywrócenia swojej rzetelności, pod warunkiem że ta współpraca będzie ograniczona do środków ściśle niezbędnych do tej oceny. (s. 418 „Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych” pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 r.).

W toku postępowania Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień

w zakresie złożonego oświadczenia (stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia), w którym to w pkt. 2 Wykonawca oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, mając na uwadze, że 04 grudnia 2023 r. Zamawiający

(Gmina Bochnia) odstąpił od umowy z Odwołującym i naliczył kary umowne z tego tytułu.

Odwołujący odniósł się do stanu faktycznego związanego z niewykonaniem zamówienia dla Zamawiającego. Prawdą jest, że Zamawiający odstąpił od umowy

nr IFS.272.36.2023 z dnia 1 sierpnia 2023 r. przerzucając całą odpowiedzialność z tego tytułu na Odwołującego i naliczając mu karę umowną w wysokości 13 047,22zł, jednakże Zamawiający nie wziął pod uwagę, że do niewykonania zamówienia doszło z przyczyn niezależnych od Odwołującego.

Jedyną i główną przyczyną niewykonania zadania pn. „Przebudowa dróg dojazdowych do gruntów rolnych w Zatoce, Zawadzie i Brzeźnicy oraz remont drogi gminnej w Gorzkowie, Gmina Bochnia – 2”- dalej „zadanie w Gorzkowie”, występującą po jego stronie była konieczność skoncentrowania pełnego zasobu pracowników i sprzętu przy realizacji

zamówienia pn. „Remont drogi gminnej nr 581104K w km 0+010 – 1+008 w miejscowości Siedlec” – dalej „zadanie w Siedlcu”, po nieudolnie wykonanej przebudowie gazociągu. Konieczność skoncentrowania wszystkich sił na tym zadaniu wynikała z nacisków Inspektora Nadzoru z ramienia tego samego Zamawiającego. Odwołujący wielokrotnie informował Zamawiającego, że nie jest odpowiedzialny za taki stan rzeczy. Odwołujący składając swoją ofertę w postępowaniu przetargowym dla zadania w Gorzkowie, działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć, że nie będzie w stanie realizować tego zamówienia z uwagi na kontynuację (dużo dłuższą realizację) zadania w Siedlcu. Powyższe spowodowane było uprzednim brakiem informacji ze strony Zamawiającego w postępowaniu, a tym samym braku wiedzy Odwołującego w zakresie konieczności dodatkowej przebudowy gazociągu i konieczności wstrzymania prac w Siedlcu. Zamawiający ogłaszając postępowanie na zadanie pn. „Remont drogi gminnej nr 581104K w km 0+010 – 1+008 w miejscowości Siedlec, Gmina Bochnia”, zaznaczył, że nie posiadała warunków i uzgodnień z Polską Spółką Gazownictwa sp. z o.o. w zakresie przebudowy gazociągu. Za opis przedmiotu zamówienia odpowiada wyłącznie Zamawiający, a wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji takiego działania.

Gdyby Odwołujący miał świadomość przebudowy gazociągu, zmuszony byłby w inny sposób kalkulować czas niezbędny na realizację zadania i nie podejmowałby działań w kierunku poszukiwania innych zleceń. Ubocznie Odwołujący wskazał, że mimo iż jest tzw. mikroprzedsiębiorcą nie oznacza to, że może pozwolić sobie na przestój na budowie, bez pracy zastępczej dla ludzi oraz sprzętu. Firma na potrzeby realizacji takich kontraktów zmuszona jest zaciągać zobowiązania finansowe. Odwołujący zmuszony jest pokrywać wysokie koszty pracy ludzi, sprzętu i utrzymywania placu budowy, nawet pomimo wstrzymania robót. W takiej sytuacji nie chcąc doprowadzić do nierentowności przedsiębiorstwa bądź jego zadłużenia całkowicie zrozumiałym jest, iż stara się kompensować koszty szukając tzw. robót zastępczych, jak to miało miejsce w 2023 r.

Ponadto Odwołujący odnosząc się wprost do niezrealizowanego zamówienia zaznaczył, że w tym przypadku Zamawiający również nie wywiązał się należycie ze swoich obowiązków wynikających z umowy. Zgodnie z treścią § 2 ust. 5 umowy Zamawiającemu przysługiwało prawo kontroli wykonywanych prac na każdym etapie realizacji przedmiotu umowy, a mimo to Zamawiający nie dokonywał takiej kontroli, nie wzywał Wykonawcy do rozpoczęcia robót czy zwiększenia ich tempa. Nieprawdziwie za to w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy z dnia 04 grudnia 2023 r. Zamawiający wskazał na ustne upomnienia o wykonywanie robót na zadaniu w Gorzkowie, co nie znajduje jednak odzwierciedlenia w stanie faktycznym. Wręcz przeciwnie Zamawiający mając na uwadze, że „priorytetowe” jest zadanie w Siedlcu, o znacznie większej wartości i dofinansowane ze środków zewnętrznych, wydawał polecenia Odwołującemu o skupieniu swojej uwagi i zasobów głównie na tam zadaniu. Jako dowód Odwołujący przedstawił wiadomość e-mail z dnia 18.09.2023 r. od inspektora nadzoru

Odwołujący miał świadomość upływu terminu na realizację zadania w Gorzkowie, dlatego też chciał rozpocząć roboty, ale z uwagi na zastane wówczas warunki pogodowe nie mógł zgodnie z wymogami technologicznymi przystąpić do wykonywania robót ziemnych. Wobec powyższego w dniu 29 listopada 2023 r., działając w oparciu o przepisy ustawy Pzp oraz przesłanki umowne zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o zmianę terminu realizacji umowy. Odwołujący załączył do odwołania kopię pisma ws. wydłużenia terminu realizacji robót oraz pisma Zamawiającego znak BUD.7234.6.4.2023

Jednakże Zamawiający nie przeanalizował zasadności przedmiotowego wniosku i jeszcze przed przedstawieniem swojego stanowiska odstąpił od umowy. Swojego działania Zamawiający nie poprzedził próbą polubownego zakończenia sporu. Odwołujący nie zgadzał się z zasadnością działań Zamawiającego, tym bardziej iż zapewniał, że wykona to zamówienie. Mając na uwadze dotychczasową współpracę z Zamawiającym oraz fakt, iż niezrealizowane zadanie jest jedynym takim przypadkiem, w czasie ponad 30-letniej działalności TMGM K.G., Odwołujący chcąc uniknąć konfliktu z Zamawiającym - Gminą Bochnia postanowił zapłacić niesłusznie naliczoną karę umowną.

Wykonawca w związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym postępowaniu, w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 poinformował Zamawiającego, iż złożył nieprawidłowe oświadczenie, z uwagi na fakt iż niewykonane zamówienie było pierwszym takim przypadkiem w całej historii działalności Odwołującego. Ponadto czyniąc zadość wymaganiom przewidzianym dla procedury samooczyszczenia (self-cleaning), o której mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, wskazał, iż zapłacił Zamawiającemu odszkodowanie, tj. zapłacił naliczoną karę umowną w wysokości 13 047,22 zł. Szczegółowo opisał przyczyny niewykonania zamówienia zadania w Gorzkowie, załączając dokument „Treść złożonych wyjaśnień w sprawie postępowania przetargowego nr IFS.271.14.202” stanowiący załącznik do wyjaśnień, a ponadto wskazał, iż podjął działania organizacyjno-kadrowe w postaci przeprowadzonych szkoleń pracowników.

„Jak wynika z brzmienia zdania wprowadzającego do wyliczenia w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 ustawy Pzp, działania wymienione w tym artykule muszą być podjęte łącznie. Jednocześnie szczegółowa analiza katalogu tych działań wskazuje, że powinny być one dostosowane do konkretnego naruszenia. Jeżeli przykładowo z nieprawidłowego postępowania wykonawcy nie wynikała żadna szkoda, działania nie będą obejmowały naprawienia szkody zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy. Z kolei jeśli fakty i okoliczności związane z nieprawidłowym postępowaniem wykonawcy są oczywiste, niepotrzebne będzie ich wyjaśnianie zgodnie z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy. Nasuwa się na tym tle wniosek, że działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 ustawy muszą być podjęte łącznie, pod warunkiem, że w danym przypadku określone działanie nie jest bezprzedmiotowe.”

J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 110.

Podobnie w „Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych” pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021 r. s. 414-415: „(...) Działania wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 są konieczne, a zarazem wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy. Wykonawca nie musi podejmować innych działań”.

Zważywszy, na fakt iż Odwołujący nie wykonał zamówienia dla tego samego Zamawiającego, nie miał obowiązku bardziej szczegółowego wyjaśniania okoliczności, które były znane i oczywiste dla Zamawiającego. Zamawiający posiadał szczegółową wiedzę i znał stan faktyczny niewykonanego zamówienia, jak również wiedział, że Odwołujący zapłacił kary umowne. W kwestii art. 110 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący nie musiał podejmować żadnych czynności, gdyż to nie z braku działań, o których tam mowa doszło do niewykonania zamówienia. Niemniej jednak Odwołujący chcąc uczynić zadość wymogom ustawy przeprowadził szkolenia pracowników w zakresie opracowywania szczegółowych harmonogramów realizacji poszczególnych inwestycji, tak aby w przyszłości nie doszło do podobnej sytuacji.

Zamawiający przyjął wyjaśnienia, i zaniechał obowiązku o którym mowa w treści art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, tj. do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień bądź dokumentów w przypadku, gdy złożone oświadczenia bądź inne dokumenty są niekompletne lub zawierają błędy. Zdaniem Odwołującego w przepisach ustawy Pzp na próżno szukać regulacji wyłączającej stosowanie art. 128 ust. 1 i ust. 4 do dokumentów dotyczących samooczyszczenia. Wyjaśnienia czy dowody dotyczące samooczyszczenia ze względu na funkcję i cel mieszczą się w kategorii dokumentów podmiotowych – czyli powinny być wyjaśniane lub uzupełniane. Odmienne stanowiska nie da się pogodzić z podkreślanymi w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 2021 r. C-387/19 RTS Infra zasadami ogólnymi prawa Unii - prawem do obrony i prawem do bycia wysłuchanym.

Odwołujący nie miał świadomości, że przedstawione wyjaśnienia są niewystarczające dla Zamawiającego, tym bardziej, że Zamawiający posiadał pełną wiedzę i pełny - dużo szerszy obraz zaistniałej sytuacji, jak również od wielu lat współpracuje z Odwołującym.

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień, nie zażądał przedłożenia jakichkolwiek dowodów. Gdy Odwołujący wiedział, iż złożone wyjaśnienia są dla Zamawiającego „powierzchowne”, z pewnością przedłożyłby potwierdzenie przelewu zapłaty za kary umowne i wszystkie inne dokumenty, którymi zresztą Zamawiający dysponuje (protokoły konieczności, aneksy, protokoły odbioru, referencje, wnioski składane do Zamawiającego), zwłaszcza, iż zgodnie z orzecnictwem, w tym m.in. wyrokiem Sądu Okręgowego z dnia 18 stycznia 2019 r., XXIII Ga 1811/18, nie istnieje cezura czasowa do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, powinna ona jednak nastąpić przed wykluczeniem wykonawcy.

Zamawiający w ocenie Odwołującego dopuścił się również naruszenia art. 109 ust. 3 w zw. z art. 16 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wykluczył Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy wykluczenie to jest oczywiście nieproporcjonalne. Zamawiający nie odniósł się do stanu faktycznego, co było niezbędne przez weryfikacją możliwości zastosowania art. 109 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający może nie wykluczyć Wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Za oczywiście nieproporcjonalne można uznać wykluczenie Wykonawcy w przypadku, gdy znaczące naruszenie zobowiązania miało charakter incydentalny, a Wykonawca od tego czasu prawidłowo realizuje zamówienia. Drobne naruszenia zobowiązania nie prowadzą do wykluczenia Wykonawcy, o ile się nie powtarzają. W tym szczególnym przypadku analizując powód ewentualnego wykluczenia od podstaw należy uwzględnić, że źródłem jego powstania są kolejno wszystkie szczegółowo opisane sytuacje w treści złożonych wyjaśnień. Niewykonanie zadania w Gorzkowie miało charakter incydentalny i co wymaga podkreślenia do odstąpienia od umowy doszło po raz pierwszy w całej długoletniej historii działalności firmy. Z uwagi na wieloletnią współpracę, Zamawiający bardzo dobrze znał Odwołującego i jego potencjał. W tym miejscu warto wskazać, że zobowiązania na rzecz Gminy Bochnia tylko w 2023 r. wyniosły 3 734 455, 79 zł, a od 2020 r. 4 452 754,95 zł. Wszystkie te zobowiązania zostały wykonane zgodnie

z zakresem przedmiotu zamówienia, protokolarnie odebrane bez żadnych wad.

Ponadto, zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: *Przepis art. 109 ust. 3 p.z.p. pozostawia możliwość odstąpienia od wykluczenia uznaniu zamawiającego. Zamawiający musi ocenić, czy rzeczywiście w danych okolicznościach faktycznych można uznać, że wykluczenie jest nadmierną sankcją w stosunku do okoliczności będących podstawą wykluczenia. Dla ustalenia proporcji sankcji konieczne jest określenie, czy naruszenie zobowiązań było znaczące lub długotrwałe, lub powtarzające się. Ustalenie, że naruszenie zobowiązań miało taki właśnie charakter wyklucza po stronie zamawiającego możliwość skorzystania skutecznie z tego przepisu (Wyrok KIO z 24.10.2023 r., KIO 2971/2023, LEX nr 3643923); Należy także mieć na uwadze, że w art. 109 ust. 3 p.z.p. mowa jest o sytuacjach, kiedy wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby nieproporcjonalne w sposób oczywisty, czyli ta nieproporcjonalność musiałaby być rażąca, widoczna na pierwszy rzut oka, prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego pokrzywdzenia wykonawcy.*" (Wyrok KIO z 19.04.2022 r., KIO 907/22, LEX nr 3362685).

Udzielenie przez wykonawcę pozytywnej odpowiedzi na omawiane pytanie zawarte w JEDZ nie powoduje automatycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania, ponieważ wykluczenie następuje dopiero w wyniku oceny przez Zamawiającego całokształtu danej sytuacji faktycznej w kontekście przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Zamawiający ma swobodę oceny okoliczności, które mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, może samodzielnie decydować, czy wykonawca jest rzetelny i wiarygodny. Przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy zamawiający uwzględnia charakter popełnionych nieprawidłowości. Uzasadnione jest w tej sytuacji zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień, jednak zamawiający może nie skorzystać z tego uprawnienia w przypadku, gdy wykonawca nie działa w pełni transparentnie i nie informuje zamawiającego o ważnych, wręcz kluczowych okolicznościach z punktu widzenia wymogów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do weryfikacji podmiotowej wykonawcy (Wyrok KIO z 27.11.2023 r., KIO 3383/2023, LEX nr 3698917.).

Wykluczenie z postępowania jest dla Odwołującego w oczywisty sposób nieproporcjonalne, w tym z uwagi na stosunek wykonanych zobowiązań do jednego niewykonanego: 4 452 754,95 zł w stosunku do 130 472,25 zł. Nieproporcjonalność ma również zastosowanie w stosunku pomiędzy zobowiązaniem, o które Wykonawca ubiega się w drodze prowadzonego postępowania, a niewykonanym w 2023 r. tj.: 3 300 000,00 zł w stosunku do 130 472,25 zł. Co również zasługuje na uwagę, Odwołujący w bieżącym miesiącu (kwiecień 2024) zakończył zadanie w Siedlcu na kwotę 1 737 425,18 zł, które zostało odebrane przez Zamawiającego, bez uwag. Co tylko potwierdza, że Odwołujący jest rzetelnym wykonawcą, dającym rękojmię należytego wykonania, a działania Zamawiającego są nieprzejrzyste i nieproporcjonalne.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, co w odniesieniu do Odwołującego nie budzi wątpliwości, a czego najlepszym dowodem są liczne inwestycje z powodzeniem realizowane przez niego przez ponad 30 lat. Działania Zamawiającego w postaci wykluczenia go z postępowania, są nieadekwatne do skali naruszeń oraz nie uwzględniają podjętych działań naprawczych i faktu należytej realizacji umów po okresie, w którym wystąpiły nieprawidłowości. Zamawiający nie ocenił należycie stanu faktycznego, a w rezultacie nieprawidłowo zastosował najdotkliwszą sankcję w stosunku do Odwołującego w postaci wykluczenia go z postępowania, a w rezultacie odrzucenia jego oferty.

Zamawiający, w tym konkretnym przypadku dokonując wyboru oferty nr 1 w ocenie Odwołującego narusza dyscyplinę finansów publicznych w zakresie wydatkowania środków publicznych. Decyzja Zamawiającego o wyborze jest nieadekwatna do sytuacji, w której znalazły się podmioty Odwołujący i Zamawiający. Podmiot dysponujący środkami publicznymi powinien wybrać taki sposób finansowania zadań, który prowadzi do najbardziej efektywnego gospodarowania środkami publicznymi. Odwołujący uważa, iż wybór jego oferty w tym konkretnym postępowaniu jest najkorzystniejszy.

Biorąc pod uwagę zasadność argumentacji Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący wykazał, że posiada interes

w korzystaniu ze środków ochrony prawnej kwalifikowany możliwością poniesienia szkody.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) MAR-ZIEM M. Dylowicz Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Damienicach (Lider Konsorcjum) oraz (2) R.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą R-BUD Firma

Usługowo-Transportowo- Handlowa R.B. z siedzibą w Zawadzie (Partner Konsorcjum.) Izba uznała, że przystąpienie nastąpiło skutecznie i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na rozprawie Strony i Przystępujący podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający, w dniu 22 marca 2024 roku, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnienia w następującym zakresie: *Wykonawca w oświadczeniu stanowiący załącznik nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia w pkt 2 oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, w którym mowa o wykluczeniu w sytuacji gdy wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.*

Zamawiający zauważył, że w 04 grudnia 2023 r. Gmina Bochnia odstąpiła od umowy z wykonawcą z przyczyn leżących po jego stronie, tj. nie wykonania przedmiotu umowy nr IFS.272.36.2023 zawartej w ramach postępowania przetargowego nr IFS.271.14.2023 „Przebudowa dróg dojazdowych do gruntów rolnych w Zatoce, Zawadzie i Brzeźnicy oraz remont drogi gminnej w Gorzkowie, Gmina Bochnia – 2” – co na tym etapie należy ocenić jako pozostające w sprzeczności ze złożonym oświadczeniem.

Odwołujący złożył następujące wyjaśnienia: Wykonawca w odniesieniu do złożonego oświadczenia - załącznik nr 2 do SWZ przedmiotowego postępowania w pkt 2 omyłkowo oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7. Zaistniała pomyłka nastąpiła z powodu braku podstaw wykluczenia w przeszłości w jakimkolwiek postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego, a do odstąpienia od umowy doszło po raz pierwszy.

Jednocześnie oświadczono, że w związku z okolicznościami w ramach postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego nr IFS.271.14.2023 „Przebudowa dróg dojazdowych do gruntów rolnych w Zatoce, Zawadzie i Brzeźnicy oraz remont drogi gminnej w Gorzkowie, Gmina Bochnia – 2” w którym doszło do odstąpienia od umowy, odnosząc się do art. 110 ust. 2 ustawy PZP Wykonawca podjął następujące środki naprawcze i zapobiegawcze w postaci:

- 1) zapłaty zadośćuczynienia pieniężnego wynikającego z postanowień umowy;
- 2) złożenia wyczerpujących wyjaśnień w tutejszym urzędzie Gminy Bochnia;
- 3) podjęcia konkretnych środków organizacyjnych i kadrowych w odniesieniu do punktów a), b), c), d), e) w tym przeszkoleniu personelu w kwestii dokładniejszej kontroli sporządzanej i procedowanej dokumentacji na każdym etapie postępowania dla sprawniejszego i terminowego obiegu dokumentów z Zamawiającym.

Odwołujący przedstawił także treść złożonych wyjaśnień, gdzie podał, że w 2023 roku Wykonawca realizował dla Zamawiającego Gmina Bochnia łącznie cztery odrębne zadania uzyskane w drodze postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Od 11.04.2023r. cały potencjał techniczny i zawodowy Wykonawcy był związany wykonywaniem robót pierwszego z zadań pn. „Remont i przebudowa dróg gminnych w miejscowości Ostrów Szlachecki”.

W dniu 20.06.2023r. Wykonawca podpisał z tutejszym urzędem umowę na wykonanie prac drogowych pn. „Remont drogi gminnej nr 581104K w km 0+010 – 1+008 w miejscowości Siedlec, gmina Bochnia” której realizację przekazał Podwykonawcy na podstawie oświadczenia do złożonej oferty w drodze prowadzonego postępowania przetargowego. Przekazanie terenu budowy w m. Siedlec miało miejsce dnia 26.06.2023r. w tamtym okresie czasu po przekazaniu terenu Wykonawca zgodnie z zapisami umowy przy udziale Inspektora Nadzoru Inwestorskiego dokonał kilku sąd kontrolnych tj. wykopów kontrolnych posadowienia, głębokości i lokalizacji istniejącej sieci gazowej. Na podstawie wykonanych sąd ustalono,

że istniejąca sieć nie spełnia warunków technicznych dla realizacji zamierzenia drogowego. Brak odpowiedniej głębokości, lokalizacja sieci w ciągu jezdni, kolizja z przepustem drogowym przewidzianym do przebudowy, sieć wykonana z rur stalowych w eksploatacji od dziesiętek lat. Inwestor w oparciu o powyższe powziął czynności zmierzające do przebudowy rurociągu w porozumieniu z Polską Spółką Gazownictwa co przesunęło termin wejścia w teren Wykonawcy do dnia 15.09.2023r. (zgłoszenie INSTBUD z dnia 15.09.2023r. o zakończeniu prac związanych z układaniem sieci gazowej w pasie drogowym i jego obrębie).

Decyzja Zamawiającego o przebudowie rurociągu gazowego pozbawiła Podwykonawcę robót z dnia na dzień realnej możliwości pełnego zaangażowania w realizacji powierzonych prac a dalej spowodowała długotrwały przestój Podwykonawcy oraz związane z tym faktem straty. Wobec tego zaistniałe okoliczności wymusiły na Podwykonawcy

podjęcie czynności związanych z jak najszybszym pozyskaniem nowych umów o roboty budowlane minimalizując tym samym okres przestoju wynikający z przyczyn nieleżących po stronie Podwykonawcy i Wykonawcy. Podwykonawca robót podjął czynności w wyniku czego zaangażował swój potencjał w innym miejscu. W tamtym czasie do wiadomości Wykonawcy

z ustnych wypowiedzi pracowników Urzędu Gminy Bochnia przekazywano informację

o możliwości przystąpienia Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa dróg dojazdowych do gruntów rolnych w Zatoce, Zawadzie i Brzeźnicy oraz remont drogi gminnej w Gorzkowie, Gmina Bochnia – 2” prowadzonym przez Gminę Bochnia które w pozytywnym rozstrzygnięciu w drodze postępowania dla Wykonawcy i związanych

z nim Podwykonawcą mogło być alternatywnym rozwiązaniem dla wypełnienia czasu potrzebnego do przebudowy sieci gazowej na budowie w Siedlcu. Wykonawca złożył ofertę do przedmiotowego postępowania z uwagi na powyższe.

Dodatkowo Zamawiający podczas realizacji przebudowy sieci gazowej zaniechał kontroli nad wykonywanymi pracami, przebudowa sieci gazowej została wykonana niezgodnie z uzgodnieniami pomiędzy Zamawiającym a gestorem sieci. 15.09.2023r. Zamawiający poinformował o możliwości rozpoczęcia prowadzenia prac w Siedlcu, po czym Wykonawca ponownie zmobilizował kadrę oraz sprzęt Podwykonawcy w celu prowadzenia robót, gdzie okazało się, że nowo posadowiona sieć w dalszym ciągu jest zbyt płytko a Wykonawca przebudowy sieci musiał powtórnie wykonać prace. Zatem w dalszym ciągu nie można było skutecznie prowadzić robót drogowych z winy Zamawiającego. Wykonawca w tej sytuacji miał pełne prawo do zerwania umowy z Zamawiającym i wysunięcia roszczeń o zapłatę kary umownej na podstawie zawartej umowy, jednak mając na względzie utrzymanie dobrych relacji z Zamawiającym oraz interes publiczny zamierzenia drogowego nie wykonał tego kroku.

W skutek przystąpienia Wykonawcy w postępowaniu przetargowym

nr IFS.271.14.2023 oraz złożeniu konkurencyjnej oferty do podpisania umowy na wykonanie robót doszło 01.08.2023r.

Wykonawca w uzgodnieniu z Inspektorem Nadzoru z ramienia Zamawiającego wykonywał kolejne etapy postępowania tj. 1. Zatoka, 2. Brzeźnica, 3. Zawada. W międzyczasie pojawiła się możliwość wykonywania prac na budowie w Siedlcu po nieudolnych pracach związanych z przebudową gazociągu który w końcu został oddany do użytku.

Wykonawca został prawdopodobnie celowo wprowadzony w błąd przez osobę sprawującą nadzór nad pracami z ramienia Zamawiającego ponieważ osoba ta nalegała, aby natychmiast rozpocząć prace na budowie w Siedlcu a element postępowania IFS.271.14.2023 pn. Gorzków przesunąć na późniejszy termin ponieważ dla Zamawiającego bardziej istotnym zadaniem była realizacja remontu drogi gminnej nr 581104K w km 0+010 – 1+008 w miejscowości Siedlec w związku z dużym zewnętrznym dofinansowaniem. Wykonawca dostosował się do zaleceń przedstawiciela Zamawiającego i skierował swoje moce na budowę w Siedlcu. Przedmiotowa budowa to duży zakres, zatem Wykonawca wraz z Podwykonawcą biorąc pod uwagę stracony czas w związku z przebudową sieci gazowej skierował możliwe wszystkie dostępne moce przerobowe, pozostawiając budowę w Gorzkowie niewykonaną.

Zaznaczono, że Podwykonawca robót w tym okresie dokańczał zobowiązania wobec innych podmiotów w związku z wcześniejszą utratą możliwości wykonywania robót na budowie w Siedlcu z przyczyn od niego nie zależnych.

Przed upływem terminu realizacji dla budowy Gorzków Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu realizacji zadania licząc na to,

iż Zamawiający rozumiejąc swoje zaniedbania na budowie w Siedlcu zdecyduje się przedłużyć termin realizacji budowy Gorzków. Niestety, zamiast takiej decyzji Zamawiający postanowił zerwać umowę i obciążyć Wykonawcę karą umowną.

Zamawiający nie zaakceptował wyjaśnień i zawiadomił, że oferta Odwołującego została odrzucona z powodu wykluczenia Wykonawcy.

W uzasadnieniu faktycznym podano, że Wykonawca w złożonej ofercie, w załączniku nr 2 Oświadczenie wykonawcy składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp do specyfikacji warunków zamówienia w pkt 2 oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, w którym mowa o wykluczeniu w sytuacji, gdy wykonawca,

z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Jednak w dniu 04 grudnia 2023r. Zamawiający - Gmina Bochnia odstąpiła od umowy z Wykonawcą z przyczyn leżących po jego stronie (Wykonawca nie wykonał, a nawet nie rozpoczął robót), tj. z powodu niewykonania przedmiotu umowy nr IFS.272.36.2023 zawartej w ramach postępowania przetargowego nr IFS.271.14.2023 „Przebudowa dróg dojazdowych do gruntów rolnych w Zatoce, Zawadzie i Brzeźnicy oraz remont drogi gminnej w Gorzkowie, Gmina Bochnia – 2” – co pozostaje w sprzeczności ze złożonym przez Wykonawcę oświadczeniem.

W związku z powyższym zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o wyjaśnienie.

W dniu 22.03.2024 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia wskazując, że omyłkowo wskazano, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7, jednocześnie przedstawił zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp jakie podjął środki naprawcze

i zapobiegawcze w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne (samooczyszczenie). Przepis art. 110 ust. 2 Pzp wymaga od wykonawcy udowodnienia Zamawiającemu, iż spełnia łącznie przesłanki wymienione w tym przepisie. Przedstawione przez Wykonawcę działania są opisane w sposób powierzchowny i niewystarczający.

W ocenie Zamawiającego złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie pozwalają na dokonanie oceny, że Wykonawca podjął wystarczające czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, w celu realizacji procedury samooczyszczenia przewidzianej w tym przepisie. Wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów wskazujących na to, że podjął takie działania, celem umożliwienia dokonania przez Zamawiającego oceny pozwalającej na wykazanie rzetelności Wykonawcy. Zamawiający tym samym stoi na stanowisku, iż Wykonawca nie zapewnia gwarancji skutecznej realizacji zamówienia w obliczu sytuacji, gdzie przecież zaniechano całkowitej realizacji zamówienia publicznego. Wszystko powyższe skutkuje wykluczeniem Wykonawcy i w konsekwencji odrzuceniem oferty.

Ponadto załącznik nr 2 stanowi oświadczenie składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, co wskazuje, że informacje w nim zawarte, w tym oświadczenia o podleganiu/niepodleganiu wykluczeniu, powinny być aktualne na dzień składania ofert (art. 125 ust. 3 ustawy Pzp). Zatem również wyjaśnienia składane przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego powinny potwierdzać aktualność danych na dzień składania ofert czyli, że procedura samooczyszczenia została dokonana na dzień składania ofert.

W uzasadnieniu prawnym zaznaczono, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Z art. 110 ust. 1 – 3 ustawy Pzp wynika, że Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez

wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Izba tylko częściowo podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że warunkiem umożliwiającym skorzystanie przez Wykonawcę z procedury samooczyszczenia jest przyznanie, że Wykonawca popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. Zamawiający uważa także, że wobec złożenia przez Odwołującego nieprawdziwego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, nie mógł on następnie skutecznie skorzystać z procedury self - cleaning. Zamawiający pomija jednak okoliczność, że po pierwsze Odwołujący przyznał, iż omyłkowo zaznaczył we właściwym formularzu, że nie podlega wykluczeniu. Odwołujący złożył także w tym zakresie wyczerpujące wyjaśnienia, wskazując po pierwsze czym spowodowana była sytuacja, która doprowadziła do złożenia oświadczenia o określonej treści. Odwołujący wskazał także na wyjątkowość i pojedynczy charakter tego zdarzenia, zaznaczając, iż ma ono miejsce pierwszy raz w trakcie prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto Zamawiający zapomina, iż nie wykluczył Odwołującego za złożenie nieprawdziwych informacji, ale skupił się na merytorycznej ocenie wyjaśnień złożonych w ramach self – cleaning, tym samym uznał, że złożenie wyjaśnień mogło mieć miejsce. Niewątpliwie mogą zdarzyć się sytuacje, w których wykonawca pierwotnie oświadczy, że nie podlega wykluczeniu, natomiast z różnych przyczyn stan ten może ulec zmianie.

Taka zmiana stanu faktycznego i prawnego nie wyklucza możliwości skorzystania z procedury samooczyszczenia. Ocenic każdorazowo należy, dlaczego zmiana taka miała miejsce.

Odwołujący w wyjaśnieniach i w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zaprzeczył, że doszło do rozwiązania umowy między nim

a Zamawiającym przy realizacji innej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oświadczył, iż uregulował należną mu z tego tytułu karę umowną. Natomiast prawem Odwołującego było opisanie okoliczności, które doprowadziły do rozwiązania umowy biorąc pod uwagę perspektywę samego Wykonawcy. Nie oznacza to jednocześnie, że Odwołujący zanegował fakt wystąpienia określonego deliktu, który doprowadzić może do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu Odwołującego nie polemizował z faktami przedstawionymi w wyjaśnieniach. Dodatkowo Zamawiający

w żaden sposób nie wykazał i nie uprawdopodobnił, że Odwołujący celowo lub nieumyślnie pominął fakt rozwiązania umowy między Zamawiającym a Wykonawcą. Izba wyraża pogląd, iż w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący uprawniony był, po otrzymaniu wezwania do złożenia wyjaśnień, do przedstawienia swojego stanowiska, dlatego złożył oświadczenie

o niepodleganiu wykluczeniu. Wytlumaczenie przedstawione przez Odwołującego Izba uznała za wiarygodne, co w dalszej perspektywie umożliwiało Wykonawcy przedstawienie wyjaśnień w ramach self – cleaning, które powinny zostać merytorycznie ocenione przez Zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga, iż zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma prawo wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania. Prawem Odwołującego jest dostarczenie wyjaśnień i dowodów w celu wykazania swojej rzetelności. Żaden przepis prawa nie wskazuje terminu, kiedy najdalej należy złożyć wszystkie środki dowodowe. Jedynie dla samego oświadczenia o podleganiu wykluczeniu i skorzystaniu z self-cleaningu można wywieść termin, bazując na terminie na złożenie dokumentu JEDZ lub oświadczenia o spełnieniu warunku. Warto jednak podkreślić, że sama konstrukcja JEDZa/oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i jego funkcja zakłada, że są to oświadczenia własne wykonawcy mające charakter wstępny. Środki dowodowe są przedkładane na kolejnych etapach postępowania. Tym samym ostateczną granicą czasową na przeprowadzenie procedury jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy. Stanowisko, zgodnie z którym dokumentacja potwierdzająca samooczyszczenie powinna być załączona do oferty, nie znajduje odzwierciedlenia w treści przepisów (tak wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1576/19). Podobne stanowisko, dotyczące terminu podjęcia procedury samooczyszczenia, zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r. XXIII Ga 1811/18, wskazując, że nie istnieje cezura czasowa do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, powinna ona jednak nastąpić przed wykluczeniem wykonawcy.

Tym samym stanowisko Zamawiającego, że cezura czasową dla złożenia wyjaśnień w zakresie self – cleaning jest termin złożenia oferty nie znajduje oparcia w orzecznictwie i stanowisku doktryny.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19, dotyczącym wykładni art. 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, tj. prawa wykonawcy do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia (tj. tzw. self-cleaningu), wykonawca ma możliwość przedstawienia dowodu podjęcia środków naprawczych - z jego własnej inicjatywy, jak i z inicjatywy instytucji zamawiającej, jak też może z niej skorzystać zarówno

w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty, jak i na późniejszym etapie postępowania. W wyroku tym Trybunał wyraźnie podkreślił, że każdy wykonawca musi mieć możliwość przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych, m.in. w celu zapewnienia obiektywnej oceny wykonawców i skutecznej konkurencji. Cel ten może zostać osiągnięty, jeżeli na jakimkolwiek etapie postępowania poprzedzającego wydanie decyzji o udzieleniu zamówienia zostanie przedstawiony dowód podjęcia środków naprawczych:

„Z wykładni językowej, celowościowej i systemowej art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24, dokonanej w pkt 27-30 niniejszego wyroku, wynika, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie temu,

aby dany wykonawca z własnej inicjatywy lub na wyraźne żądanie instytucji zamawiającej przedstawił dowód podjęcia środków naprawczych, ani też temu, aby dowód ten został przedstawiony w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty lub na późniejszym etapie procedury udzielania zamówienia.” Ponadto państwa członkowskie są zobowiązane do poszanowania prawa do obrony, której integralną częścią jest prawo do bycia wysłuchanym, które - jako podstawowa zasada prawa Unii - powinna być stosowana wówczas, gdy organ administracyjny ma podjąć w stosunku do danej osoby decyzję wiążącą się z niekorzystnymi dla niej skutkami.

Na przywołany wyrok TSUE wskazano w publikacji „Praktyczne aspekty stosowania instytucji self-cleaningu w zamówieniach publicznych” (PZP 2020, Nr 4, str. 138, Aldona Kowalczyk), w której szczegółowo przeanalizowano treść przepisów krajowych i unijnych oraz stwierdzono, że „przepisy nie rozstrzygają jednak, kiedy należy składać dowody na podjęte środki naprawcze i czy wykonawca ma to czynić z własnej inicjatywy, czy też czekać na wezwanie zamawiającego. Pytanie jest tym bardziej zasadne, że opis przedsięwziętych przez wykonawcę środków naprawczych, wymagany do wypełnienia w formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej jako „JEDZ”), to nie jest, jak się zdaje, „dowód”, o którym mówi prawo unijne i krajowe. Artykuł 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje, że formularz JEDZ składany wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert obejmujące oświadczenie własne wykonawcy jako dowód wstępny zastępujące zaświadczenia wydane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca nie znajduje się w sytuacji, w której podlegałby wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z ust. 4 tego artykułu instytucja zamawiająca może zaś na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do oferentów i kandydatów o przedłożenie dokumentów potwierdzających to oświadczenie. (...) Formularz JEDZ określony powołanym powyżej rozporządzeniem Komisji wymaga zresztą jedynie, aby wykonawca - który poprzez wypełnienie stosownej rubryki potwierdził, że znajduje wobec niego zastosowanie dana podstawa wykluczenia - zaznaczył w odpowiedniej rubryce, czy podjął środki naprawcze celem wykazania swej rzetelności, a jeżeli tak - aby opisał przedsięwzięte środki. Oświadczenie własne wykonawcy wraz z opisem przedsięwziętych środków naprawczych nie jest jednak jednoznaczne z przedłożeniem dowodów na ich podjęcie, zaś zgodnie z art. 59 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE instytucja zamawiająca może na dowolnym etapie postępowania zwrócić się do wykonawcy o przedłożenie dokumentów potwierdzających to oświadczenie (przy czym w stosunku do wykonawcy, któremu zdecydowano się udzielić zamówienia, uprawnienie to przekształca się w obowiązek). Jak trafnie zwrócił uwagę Rzecznik Generalny w opinii w sprawie C-387/1925, zgodnie z art 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE JEDZ „zawiera formalne oświadczenie, z którego wynika, że wykonawca będzie w stanie i bez zwłoki przedstawić te dokumenty potwierdzające”. Co więcej, sama idea ustanowienia standardowego formularza JEDZ na poziomie unijnym ma na celu uproszczenie proceduralne dla zamawiających i wykonawców oraz zmniejszenie obciążeń administracyjnych w stosunku do zamawiających i wykonawców (por. motyw 1 i 3 preambuły rozporządzenia w sprawie JEDZ). Integralnym elementem formularza JEDZ jest w części VI oświadczenie końcowe wykonawcy, że jest w stanie i bez żadnej zwłoki przedstawić zaświadczenia i inne rodzaje dowodów w formie dokumentów. Polskie prawo zamówień publicznych (zarówno art. 24 ust. 8 i ust. 9 ZamPublU, jak i art. 110 ust. 2 i ust. 3 nZamPublU), przyznając wykonawcom prawo przedstawienia dowodów na podjęcie „wystarczających” środków naprawczych, nie precyzuje, w jakim momencie postępowania należy je złożyć. Nie zawiera w szczególności przepisu nakazującego przedłożenie ich wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wymóg złożenia wypełnionego formularza JEDZ zawierającego oświadczenia własne wykonawcy wraz z ewentualnym opisem środków naprawczych (w przypadku potwierdzenia określonych podstaw wykluczenia) nie jest bowiem równoznaczny z wymogiem złożenia dowodów odnoszących się do podjętych środków naprawczych.”

Mimo że powyższe odnosi się do postępowań o wartości powyżej progu unijnego, to nie może budzić wątpliwości, że instytucja self-cleaningu jest wprost oparta o przepisy unijne i powinna być interpretowana zgodnie z interpretacją prounijną.

W następnej kolejności należało udzielić odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo przeprowadził ocenę złożonych w ramach self – cleanig wyjaśnień i czy pojęte przez Odwołującego środki zaradcze są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.

W tej części Izba podziela oceną wyrażoną przez Zamawiającego w informacji

o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty. O ile bezsporne jest, że miała miejsce zapłata kary umownej naliczonej Odwołującemu, czyli naprawienie szkody, to już opisane przez Odwołującego podjęte środki zaradcze Izba uznaje za niewystarczające.

Izba, za Zamawiającym, podkreśla, że w tej części wyjaśnienia przedstawione przez Odwołującego nie były wyczerpujące. Odwołujący enigmatycznie zaznaczył, że miało miejsce „*Podjęcie konkretnych środków organizacyjnych i kadrowych w odniesieniu do punktów a), b), c), d), e) w tym przeszkolenie personelu w kwestii dokładniejszej kontroli sporządzanej*

i procedowanej dokumentacji na każdym etapie postępowania dla sprawniejszego

i terminowego obiegu dokumentów z Zamawiającym”. Tak przedstawione stanowisko nie daje odpowiedzi, jakie w rzeczywistości działania podjął dany wykonawca, by zapobiec

w przyszłości wystąpieniu podobnej sytuacji. Odwołujący nie wyjaśnił, przykładowo,

czy przeprowadził jakieś szkolenia, dokonał choćby analizy czasu pracy pracowników,

co mogłoby prowadzić do podjęcia działań reorganizacyjnych. Nie wytłumaczył na czym polegało przeszkolenie personelu w celu terminowego obiegu dokumentów. Biorąc pod uwagę treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w przedmiocie przyczyn wystąpienia przesłanki wykluczenia, to raczej nie błędy w procedurze obiegu dokumentów u Odwołującego doprowadziły do rozwiązania umowy przez Zamawiającego. Odwołujący w ramach wyjaśnień mógł wskazać, że na czas zintensyfikowanego wykonywania robót budowlanych zatrudni dodatkowych pracowników lub podejmie współpracę z dodatkowymi podwykonawcami.

Jak celnie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący w wyjaśnieniach nie odniósł się choćby do możliwości „*poprawy organizacji pracy zwłaszcza w zakresie zarządzania realizowanymi równocześnie zamówieniami (umowami)*”. Wydaje się, że istnieje wiele rozwiązań organizacyjnych, technicznych, które pozwoliłyby Odwołującemu uniknąć podobnych sytuacji w przyszłości. Nie zostały one jednak w żaden sposób przez Odwołującego przedstawione.

Przepis art. 110 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje na konieczność podjęcia przez wykonawcę korzystającego z samoocyszczenia konkretnych środków technicznych, kadrowych, organizacyjnych odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Przepis ten zawiera czynności, jakie wykonawca może podjąć, ale oczywisty i nie budzący w orzecznictwie i doktrynie wątpliwości jest fakt, że wykonawca powinien podjąć środki adekwatne do przesłanki objętej wykluczeniem, które pozwolą mu zapobiec powtórzeniu się sytuacji, która stała się podstawą jego wykluczenia. Katalog środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych stanowi oczywiście wyliczenie przykładowe, zatem w tym wypadku wykonawca może wykazać się inicjatywą i przedstawić inne niż wymienione w przepisie środki zapobiegające dalszym przestępstwom, wykroczeniom i nieprawidłowemu postępowaniu, które zostały wdrożone

w swojej firmie. Rolą wykonawcy jest dobór takich środków, aby zapobiec w przyszłości powtórzenia się sytuacji objętej wykluczeniem. Zdaniem Izby Odwołujący takich środków nie przedstawił, stąd też decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania była prawidłowa. Jednocześnie nie wyklucza to, że Odwołujący w przyszłości może podjąć dodatkowe, rozbudowane organizacyjnie i technicznie działania w ramach środków zaradczych, które ocenione zostaną jako wystarczające i adekwatne, gwarantujące rzetelność danego wykonawcy i nie będzie zachodziła konieczność wykluczenia.

Izba, podobnie jak Zamawiający uważa, że w przedmiotowym postępowaniu nie było możliwości zastosowania po raz kolejny art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na enigmatyczność opisu podjętych środków zaradczych przez Odwołującego, każde wezwanie do uzupełnienia wyjaśnień byłoby działaniem nieuprawnionym. Zamawiający dokonał oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i kroków podjętych po rozwiązaniu umowy. Wobec treści otrzymanych wyjaśnień Zamawiający miał prawo uznać je za niewystarczające i wykluczyć Odwołującego. Zamawiający wziął pod uwagę stanowisko przedstawione przez Odwołującego i stanowisko własne, jako podmiotu, który złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Znałe były Zamawiającemu okoliczności odstąpienia i działania oraz zaniechania obu stron umowy, które do doprowadziły do określonego stanu faktycznego. Natomiast dowody i okoliczności na podjęcie środków zaradczych adekwatnych do zaistniałej sytuacji zobowiązany był przedstawić Odwołujący. Tych elementów

w wyjaśnieniach Odwołującego zabrakło. Skierowanie do Odwołującego kolejnego wezwania do wyjaśnień, czy wezwania do przedstawienia dowodów potwierdzających realizację środków zaradczych uznać należałoby za przekroczenie uprawnień przez Zamawiającego i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący dostał szansę przedstawienia stanowiska i dowodów na wykazanie własnej rzetelności jako przedsiębiorca.

Izba nie podziela zarzutów odwołania, że Zamawiający naruszył w postępowaniu zasady przejrzystości i proporcjonalności, nie dążąc do pełnego i wszechstronnego zbadania okoliczności w ramach podejmowanych czynności.

W doktrynie i orzecznictwie podnosi się, że „*norma z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE ma charakter*

*gwarancyjny dla uczestników postępowań przetargowych i stanowi realizację zasady proporcjonalności, a zatem państwa członkowskie są zobowiązane do jej implementacji.” (Aleksandra Sołtysińska, *Fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na tle dyrektyw europejskich*, Prawo zamówień publicznych nr 2, str. 33, *legalis*).*

Zasada proporcjonalności jest zasadą ogólną prawa unijnego, zaliczaną przez sam TSUE do podstawowych zasad prawa Unii.

Organy krajowe związane są zasadą proporcjonalności jako zasadą ogólną i jako prawem podstawowym zawsze, gdy podejmują jakiekolwiek działania w obszarze wchodzącym w zakres normowania prawa unijnego oraz gdy stosują bezpośrednio przepisy prawa unijnego (wyroki TSUE: z 11.04.2019 r., C-473/17, Repsol Butano, pkt 39; z 6.03.2014 r., C206/13, Cruciano Siragusa p. Regione Siciliana - Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo, ECLI:EU:C:2014:126, pkt 34). Może być także stosowana w dowolnym postępowaniu administracyjnym lub sądowym (cywilnym, rejestrowym, karnym, sądownoadministracyjnym). Nie ulega wątpliwości, że zasada proporcjonalności powinna być również stosowana przez zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (por np. wyrok TSUE z 7.09.2021 r. w sprawie C-927/19 ws. Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras), w tym podczas oceny rzetelności wykonawcy w ramach procedury samooczyszczenia (por. wyroku z 19.06.2019 r., C-41/18, Meca Srl v. Commune di Napoli, LEX nr 2682989).

Skoro zatem procedura samooczyszczenia stanowi emanację zasady proporcjonalności, to oczywistym jest, że każdorazowo Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, czy podejmowane przez niego decyzje odpowiadają tej zasadzie. Zasada proporcjonalności wymaga, by nie wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia danego celu. Aby decyzja odpowiadała zasadzie proporcjonalności, powinna uwzględniać okoliczności faktyczne sprawy oraz cel normy. Wynika to wprost z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający, oceniając treść self-cleaningu, tj. czy podjęte przez wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględni wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.

Zdaniem składu orzekającego Izby Odwoławczy w nieuprawniony sposób identyfikuje zasadę proporcjonalności działania Zamawiającego z wartością przewinienia, czyli wysokością niezrealizowanego zobowiązania. O ile Zamawiający nie zaprzeczał,

a okoliczność incydentalnego rozwiązania umowy z wykonawcą Izba również wzięła pod uwagę, to niewielka wartość niezrealizowanej umowy nie ma znaczenia w kontekście tego,

że całe zadanie wynikające z umowy nie zostało wykonane. Faktem jest, że Odwoławczy nie wywiązał się z łączących go z Zamawiającym zobowiązań umownych, nie podjął kroków celem uniknięcia tej sytuacji, a przynajmniej na podjęcie takich kroków nie przedstawił dowodów. Zgodnie z przywołaną zasadą Zamawiający winien ocenić, czy przedstawione w ramach samooczyszczenia wykonawcy środki są adekwatne dla sytuacji, która doprowadziła do konieczności rozpoczęcia procedury samooczyszczenia. Jeżeli środki te noszą cechy wystarczających i adekwatnych, to emanacją zastosowania zasady proporcjonalności będzie decyzja zamawiającego o dalszym udziale takiego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zaniechanie wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, zdaniem Izby, uwzględnił wszystkie istotne okoliczności, fakty i dowody przedstawione przez Odwoławczego, dokonał prawidłowej oceny merytorycznej podjętych środków zaradczych, a ze względu na ich niewystarczający charakter i zakres, nie mógł uznać, że są one wystarczające. To zaś skutkowało koniecznością podjęcia decyzji o wykluczeniu Odwoławczego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą.

W świetle zgromadzonego materiału dowodowego Izba uznała, że nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp

i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Są to zarzuty wynikowe w stosunku do innych podnoszonych naruszeń. Skoro decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwoławczego była prawidłowa, to koniecznym było również uznanie jego oferty za odrzuconą i wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 i 17 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwoławczego Zamawiający nie dokonał oceny ofert w sposób arbitralny i prawidłowo ocenił ofertę Odwoławczego, a jej wynik prowadzić musiał do wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwoławczego.

Izba nie zasądziła na rzecz pełnomocnika Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na niezłożenie dokumentu potwierdzającego ich poniesienie.

Zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 lit. b rozporządzenia o kosztach, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego

w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Takiego rachunku lub spisu Izbie nie przedstawiono.

Przewodnicząca:

.....